Wer zweifelt nun noch wohl, daß der Beklagte es sey, welcher, wenn er einwendet, der Vertrag sey unter Bedingung geschlossen, beweisen müsse, daß dem Vertrage von seiner Seite eine Bedingung angehängt worden, als welche, gleich andern Nebenbestimmungen der Verträge zum Wesen des Vertrags nicht gehört, sondern von außen hinzukömmt.

XIX.

Beitrag zu der Lehre von der Delegation.

Von

Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

---

§. 1.

Bei der Delegation ist es sehr gewöhnlich, daß der Schuldner (als Delegans) dem Gläubiger (als Delegatar) seinen Schuldner (als debitor delegatus) substituirt. Voet [1]) nimmt die Ueberweisung seines Schuldners, von Seiten des Schuldners, an den Gläubiger sogar in den Begriff auf und nennt eine Delegation dieser Art eine Delegation in der engern Bedeutung. In weiterer Bedeutung sey es, setzt er hinzu, auch Delegation, wenn der Schuldner einem andern, als seinem Schuldner, den Auftrag mache, den Gläubiger an Stelle seiner zu befriedigen.

Weder in der Sprache, noch in der Verschiedenheit der Rechtsgrundsätze liegt ein Grund, der uns berechtigen könnte, den Begriff der Delegation auf den Schuldner des Schuldners, als debitor delegatus, einzuschränken und auf eine höchst ent-

---

1) ad tit. Dig. de novat. et delegat. §. 11. et 12.

behrliche Weise zwischen Delegation in engerer und weiterer Bedeutung zu unterscheiden.

Die Gesetze kennen diesen Unterschied nicht; der Schuldner, als Delegant, kann seinen Schuldner dem Gläubiger substituiren [2], er kann ihm aber auch einen andern, der sein Schuldner nicht ist, an Stelle seiner zum Schuldner einsetzen [3]. Beider Fälle erwähnen die Gesetze und behandeln sie auf dieselbe Weise, und, wie überhaupt bei der Delegation aller drei Personen Wille übereinstimmen und namentlich der debitor delegatus einwilligen muß, Schuldner des Delegatarius werden zu wollen, an Stelle des Deleganten, bemerken sie nur, wie selbst in dem Fall, wenn der Schuldner seinen Schuldner substituirt, es an der Einwilligung des Substituirten, Schuldner (desjenigen, der sein Gläubiger bisher nicht war, sondern nur seines Gläubigers Gläubiger) seyn zu wollen, nicht fehlen dürfe [4].

§. 2.

Die Delegation involvirt einen doppelten Vertrag, nämlich einen Vertrag zwischen dem Deleganten und dem debitor delegatus, welcher sich gegen den erstern verbindlich macht, an seine Stelle treten zu wollen, und dann einen Vertrag zwischen dem Delegirten und dem Gläubiger, wodurch jener die Verbindlichkeit des Deleganten, an Stelle desselben, wirklich übernimmt und ihn auf solche Art frei davon macht. Der letztere Vertrag oder die Expromission [5]) geschieht nach römischen Recht

---

2) L. 3. et 6. C. h. t. Ein Fall der Art L. 36. D. de jure dotium.

3) L. 5. C. eod.

4) L. 6. C. cit.

5) Der Ausdruck Expromission wird in den Gesetzen so allgemein gebraucht, daß er jeden Vortrag, wodurch an die Stelle einer vorigen Verbindlichkeit eine neue gesetzt wird, unter sich

bekanntlich durch Stipulation, weil ein simpler Vertrag keine klagbare Verbindlichkeit bewirkt; hingegen erfordert der erstere keine besondre Form, sondern es ist an der bloßen Einwilligung genug, denn er paßt unter die Form des Mandats. Der Delegant trägt nämlich dem debitor delegatus auf, er ersucht ihn, als Schuldner an seine Stelle zu treten, und dieser verspricht es. Voet drückt sich so darüber aus, als sey dieser Vertrag ein bloßes mandatum *de solvendo* [6]; aber zunächst ist es nicht die Absicht des Contrahenten, daß Delegatus die Verbindlichkeit tilge, sondern, daß er sich gegen den Gläubiger verbindlich mache, wodurch dann Folgeweise der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit ledig wird. Der Delegatus soll für jetzt gerade nicht zahlen, sondern an Stelle des bisherigen Schuldners zu zahlen versprechen.

§. 3.

Erst durch die, in Folge dieses Vertrags, geschehene Expromission oder den Vertrag zwischen dem debitor delegatus und dem Gläubiger, wodurch jener sich gegen diesen verbindlich macht, geschieht bekanntlich die Novation und wird der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit entledigt. Die Expromission

begreift, also nicht blos, wenn eine fremde Verbindlichkeit es ist, welche Jemand übernimmt, was wir ausschließlich Expromission nennen, sondern auch, wenn eine eigne durch das Surrogat einer neuen ersetzt und verändert wird. L. fin. D. ad Sctum Maced. S. Averanii Interpret. lib. 2. cap. 15. nr. 1 et 2. J. H. Böhmer ad §. 3. I. quibus modis toll. obl. Averani und mit ihm Böhmer unterscheiden drei Arten einer solchen Expromission in dieser allgemeinen Bedeutung, nämlich 1) Expromission, wobei die Personen des Schuldners und Gläubigers unverändert bleiben; 2) wenn der Gläubiger verändert wird; 3) wenn der Schuldner verändert wird. Aber die beiden letzten Arten gehören zusammen zur Delegation und Expromission im gewöhnlichen Sinne.

6) Voet o. l. §. 12.

ist es, welche die Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners tilgt; der vorhergegangene Vertrag des Schuldners mit dem debitor delegatus ist hierbei gleichgültig und enthält nur die Veranlassung der Expromission, welche, auch wenn sie ohne einen solchen vorhergegangenen Vertrag, auf eine bloß einseitige Art, ja selbst, wenn sie wider Willen des bisherigen Schuldners geschieht, immer ganz dieselbe Wirkung hervorbringt, daß nämlich die vorige Verbindlichkeit getilgt wird und eine neue an deren Stelle tritt [7]). Aber die nach dem Willen des Schuldners geschehene Uebernahme seiner Verbindlichkeit oder die Delegation bringt doch eine Wirkung hervor, die ihr eigenthümlich ist; es wird dadurch getilgt, nicht bloß die Verbindlichkeit des Deleganten gegen den Delegatar, sondern zugleich auch die Verbindlichkeit des debitor delegatus gegen den Deleganten [8]), vorausgesetzt, daß, wie gewöhnlich, der Schuldner, als Delegant, seinen Schuldner, als debitor delegatus, dem Gläubiger delegirt, und an Stelle dieser doppelten erlöschenden Verbindlichkeit tritt dann Eine einfache neue, diejenige nämlich, die bei der Delegation der Delegatus gegen den Gläubiger des Deleganten contrahirt. Indem der Delegatar den Schuldner wechselt, wechselt der Delegatus den Gläubiger; der Delegant aber hört auf, so Schuldner, als Gläubiger zu seyn.

§. 4.

Da das Geschäft zwischen dem Deleganten und dem Delegirten ein Auftrag ist, so scheint sich daraus die Folgerung zu ergeben, daß, so lange der Delegirte die Verbindlichkeit des Schuldners nicht wirklich übernommen hat, der Delegant seinen Willen ändern und den Auftrag widerrufen könne; was aber voraussetzt, daß der Vertrag zwischen beiden von dem Vertrage des Delegirten mit dem Gläubiger, der Expromission, auch der

---

7) L. 8. in fine D. h. t.

8) L. 3. C. de novat. et del. Voet c. l. §. 13.

Zeit nach getrennt erscheint. Richtet er den Auftrag nicht aus oder will der Gläubiger ihn nicht zum Schuldner annehmen, so bleibt er Schuldner des Delegirenden, wenn er es nämlich vorher schon war; denn es ward schon bemerkt, daß erst durch die Erfüllung des Auftrags, d. h. durch die wirkliche Expromission, die Verbindlichkeit des Schuldners, als Delegirten, gegen den Delegirenden erlischt. Es leidet wohl keinen Zweifel, daß der Delegirende aus dem Mandat auch gegen den Mitcontrahenten fordern und klagen könne, daß er sich gegen den Gläubiger, an Stelle seiner, verbindlich und ihn auf solche Art von der Verbindlichkeit frei mache.

§. 5.

Was die Entschädigung des Delegirten betrifft, so hat der Delegirte eigne Schuldner des Delegirenden schon, was ihm gebührt. Er soll nämlich mit dem, was er dem Delegirenden schuldig ist, künftig dem Gläubiger desselben verhaftet seyn, oder vielmehr, dafür, daß er sich dem Gläubiger des Delegirenden verbindlich macht, soll die Verbindlichkeit, die ihm gegen den Letztern bisher oblag, durch eine Art von conventioneller Compensation verschwinden. Nicht selten z. B. bei Erbtheilungen wird dem Delegirten im Voraus zu Gute gerechnet, was er als Schuld übernommen hat, d. h. ehe denn er sich gegen den Gläubiger wirklich verbindlich gemacht und dieser ihn als Schuldner angenommen hat. Einem delegirten Nichtschuldner gebührt die Entschädigung, die ihm versprochen ist [9]; ja auch ohne besonderes Versprechen kann er sie, nach meinem Ermessen, vermöge des von ihm ausgerichteten Mandats, wodurch er den Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei gemacht hat, fordern, als so etwas, was er bei Ausrichtung des Mandats aufgewandt hat — wobei es einerlei ist, ob er schon wirklich gezahlt hat oder so viel schuldig geworden ist — es wäre

9) Perez ad h. tit. C. nro. 10.

denn, daß die Absicht des Delegirten dahin ging, durch Uebernahme seiner Verbindlichkeit, dem Delegirenden ein Beneficium zu erweisen. Der Delegirte mag nun Entschädigung zu fordern haben oder nicht, er mag die gebührende erhalten haben oder nicht, sie erhalten können oder nicht; unter allen Umständen ist er verbunden, das Versprechen, was er dem Gläubiger geleistet, zu erfüllen und eine Schuld zu tilgen, welche durch die vorgegangene Veränderung die seinige geworden ist [10]).

§. 6.

Aeltere Rechtsgelehrte, z. B. Fachineus [11]), Perez [12]), Vinnius [13]), Huber [14]) und viele andre, worauf sie sich berufen, lehren fast einstimmig, bei der Delegation sey es nicht notwendig, daß der animus novandi ausdrücklich erklärt werde und Justinians bekannte Verordnung [15]) sey auf selbige nicht zu beziehen; denn, wenn der Schuldner einen andern dem Gläubiger substituirt, könne der animus novandi nicht zweifelhaft seyn.

Dies beruht auf einer petitio principii. Freilich bei einer wirklichen Delegation kann der animus novandi nicht zweifelhaft seyn, aber es soll eben erst ausgemacht werden, ob es Delegation und also Expromission oder ob es nicht vielmehr Adpromission sey. So viel ist richtig, daß, wenn der Schuldner einen andern an seine Stelle setzt oder überhaupt ein Andrer sich, statt seiner, verbindlich macht, es dann nicht noch besonders erklärt werden darf, die vorige Verbindlichkeit solle aufhö-

10) L. 5. C. cit.

11) Controv. lib. 2. cap. 54.

12) Ad h. tit. C. nro. 12.

13) Ad §. 3. I. quibus modis toll. obl. n. 7.

14) Prael. in I. p. 352.

15) L. ult. C. de novat. et delegat,

ren und eine neue an deren Stelle treten, aber immer ist es auszumittelnde quaestio facti, nicht bloß, ob der bisherige Schuldner dem Titius aufgetragen, sich, an Stelle seiner, verbindlich zu machen, sondern, ob, im Verhältniß beider zu dem Gläubiger, wirklich eine Expromission vorgegangen, als worauf es in Hinsicht auf die Novation allein nur ankömmt, also, ob Titius sich, an Stelle des Schuldners, dem Gläubiger verbindlich gemacht, dieser ihn, statt des bisherigen Schuldners, zum Schuldner angenommen und, in Folge dessen, der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit ledig geworden. Es kann sich ja ein Dritter gegen den Gläubiger verbindlich machen, ohne daß die Absicht obwaltet, der bisherige Schuldner solle seiner Verbindlichkeit entledigt seyn — entweder als correus oder als Bürge, also neben dem bisherigen Schuldner — und mithin ist es sehr wohl möglich, daß, wenn ein Dritter, als Schuldner, hinzutritt, Zweifel darüber entstehen können, welche Absicht dabei obgewaltet, ob dies Expromission und also Novation gewesen sey, folglich der Gläubiger sein Recht gegen den bisherigen Schuldner aufgegeben habe, oder nicht; ja ich möchte beinahe sagen, dergleichen Zweifel können in Fällen dieser Art eher entstehen, als bei einer sonstigen oder schlechthin sogenannten (einfachen) Novation. Ich will dann nicht einmal erwähnen, daß Justinian in jener bekannten Verordnung (L. ult. C. de novat.), es müsse der Wille, daß eine Novation vorgehen soll, ausdrücklich offenbart werden, sonst daure die vorige Verbindlichkeit fort und die neue trete hinzu, zwischen der einfachen Novation und der Delegation nicht unterscheidet, aber höchst seltsam, wunderbar und gar nicht zu entschuldigen wäre es, wenn Justinian, indem er in den Institutionen [16]) diesen Satz wiederholt und sich dabei auf seine ebenerwähnte Verordnung beruft, nicht erwähnt hätte, daß sie auf die Delegation nicht anwendbar sey, wenn dies nämlich seine Meinung gewesen

16) §. 3. I. quibus modis toll. obl.

wäre, nachdem er nur so eben beider Arten der Novation und besonders der Delegation gedacht und von der letztern sogar hauptsächlich gehandelt hätte, so daß nicht anders angenommen werden kann, als seine Lehre von dem nicht zu vermuthenden, sondern ausdrücklich zu offenbarenden animus novandi beziehe sich auf beide Arten der Novation.

Das Vorhandenseyn einer wirklichen Delegation oder Expromission, also einer wahren Novation, wird nicht zweifelhaft seyn, wenn ausdrücklich zu erkennen gegeben ist, daß der neue Schuldner sich an Stelle des alten verbindlich mache oder daß die vorige Verbindlichkeit aufhören solle oder wenn, wie gewöhnlich, dem vorigen Schuldner ein Liberationsschein vom Gläubiger ertheilt ist.

XX.

Von der Verantwortlichkeit des Vormundes in Ansehung ausstehender, zum Vermögen des Mündels gehörender, Forderungen.

Von

Dr. Gesterding, Professor der Rechte zu Greifswalde.

Wie häufig entstehen nicht Streitigkeiten zwischen den Mündeln und ihren vormaligen Vormündern über Gelder, die von den letztern verliehen worden und in Concursen verloren gegangen! Wie weit der Vormund in dieser Hinsicht, überhaupt in Ansehung ausstehender Forderungen des Mündels, verantwortlich sey, eine Untersuchung darüber möchte, wenn sie nicht gänzlich mißlingt, zu dem vernachlässigten Vormundschaftsrecht einen, wenn auch nur kleinen, doch nicht ganz unwillkommenen, Beitrag liefern.